

# Prisão Preventiva e Estado Constitucional: a condicionante da “ordem pública”

Luiz Regis Prado<sup>1</sup>  
Diego Prezzi Santos<sup>2</sup>

A prisão preventiva é certamente a espécie de prisão provisória mais debatida e mais utilizada no Brasil, tendo a função de acautelar o processo enquanto durarem seus fundamentos.

Estatísticas recentes apontam a existência de aproximadamente 40% de presos provisórios no país, o que representa número em torno de 290 mil pessoas.<sup>3</sup>

Trata-se de uma modalidade de medida cautelar pessoal complexa que é acionada com o preenchimento de requisitos de prova da existência do crime, indício suficiente de autoria, e de fundamentos que são a garantia da ordem

---

<sup>1</sup> Professor Titular de Direito Penal. Universidade Estadual de Maringá (UEM); Professor Titular do Programa de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade Autônoma de Direito (FADISP).

<sup>2</sup> Doutor em Direito (FADISP). Mestre em Direito (UNICESUMAR). Pós-graduado em Direito e Processo Penal (UEL). Professor de pós-graduação em Direito e Processo Penal (UEL, UNICESUMAR, UNOESTE, Faculdade Positivo, Faculdade Maringá). Professor de Direito Penal e Processo (Faculdade Catuaí, Faculdade Pitágoras).

<sup>3</sup> Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias Atualização - Junho de 2016. Org. Thandara Santos; colaboração Marlene Inês da Rosa [et. al.] Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

pública, garantia de ordem econômica, assegurar a aplicação da lei penal e conveniência da instrução criminal (art. 312, CPP).

Por sua repetida utilização pelo Judiciário, e constante crítica por parte da doutrina, a garantia da ordem pública é a mais polêmica e importante motivação prisional cautelar.

A referida expressão – “ordem pública” - fora introduzida no ordenamento jurídico brasileiro em 1941 para ampliar as hipóteses prisionais antes da sentença com trânsito em julgado.

Atualmente, grande parte dos presos preventivos no país tem seus decretos prisionais lastreados na garantia da ordem pública.

Assenta-se a respeito disso matéria recente decidida pelo STF (caso Lula no HC 152.752) que, de certa forma, poderia ter sido melhor delimitada ao se distinguir a prisão provisória da prisão-pena, cada qual com seus caracteres, princípios, regras e exigências.

E qual o significado de ordem pública? É justamente nele que reside o problema maior do direito processual penal ao tratar de prisões processuais.

Na jurisprudência, um mundo de situações dá ensejo à prisão preventiva pela ordem pública, *v.g.*, clamor público (HC 102.065), hediondez do delito (HC 91.118), reiteração criminosa (HC 134.396), insensibilidade ao Direito (HC 95.414), condenação pelo Tribunal do Júri (HC 118.770), entre outras.

Para lidar com tal celeuma torna-se necessário conhecer a forma de Estado e os limites do direito posto vigente no país.

A Constituição Federal deixa bastante evidente seu cariz garantista, em especial por ser modelo de proteção dedicado ao homem e à sua dignidade (art. 1º, III, CF), com primazia da segurança jurídica baseada na legitimidade formal

e material, e em margens limitativas claras às funções estatais.

Essa vem a ser a caracterização do Estado Constitucional, que acresce um *plus* ao Estado democrático e social Direito no sentido de prevalência absoluta da Constituição. Dentro do garantismo, o conceito de ordem pública deve ser analisado de modo criterioso e em sólida base teórica.

Da aplicação dos elementos do garantismo à prisão preventiva, e ao fundamento de ordem pública, tem-se que a vagueza, a imprecisão do termo acaba por torna-lo imprestável para o funcionamento do sistema processual penal que se pratica após a Constituição Federal de 1988, e os princípios iminentes ao Estado Constitucional.

Isso porque a porosidade da expressão inviabiliza a verificabilidade e a refutabilidade inerente ao contraditório e, com efeito, macula a ideia de processo lastreado em fatos debatidos pelas partes, ou seja, de um processo racional produzido à luz do contraditório e das demais garantias processuais.

Restam, com esse cenário, algumas soluções técnicas.

Uma delas resulta em abolir a garantia da ordem pública como fundamento prisional em razão de sua inconstitucionalidade, o que pode se operar via controle difuso e concreto ou via controle concentrado e abstrato.

Outra solução é precisar legalmente e sem termos vagos uma hipótese prisional para situações não abarcadas pela garantia da aplicação da lei penal ou conveniência da aplicação da lei penal.

Há ainda a hipótese de realizar nas decisões de prisão preventiva a declaração de constitucionalidade conforme a Constituição, no sentido de garantia da ordem pública adequado ao Estado Constitucional. Neste último caso, não se aguarda a posição do legislador que pode demorar, e também não

se cria empecilhos para que seja o processo acautelado, retirando do Judiciário importante instrumento.

Um sentido possível de ordem pública harmônico com o Estado Constitucional necessita aumentar o ônus do julgador para o decreto prisional e usar a prisão preventiva como *ultima ratio*.

Por isso, o aprisionamento provisório com base na ordem pública deve se centrar em situações de bem jurídico de alto valor que sofra agressão intensa e de que haja altíssima probabilidade de consumação do delito, interrompido ou continuidade de sua prática, com uso na medida do indispensável à segurança individual ou macrossocial.

Propõe-se conceito de ordem pública como paz e ordem social do Estado Constitucional, e não de microrregiões supostamente perturbadas pela natural ebulição social do delito, *i.e.*, trata-se de uma garantia da ordem pública contra violento ataque perpetrado por delito gravíssimo contra bens individuais ou supraindividuais que podem ser reiterados segundo dados concretos, e constitucionalmente aceitos, e que põem em risco a existência ou a manutenção do Estado democrático.

É um repensar da ordem pública com um significado que só se preenche com a soma de três fatores: bem jurídico individual ou supraindividual importante, afetação gravosa (que culmina risco a existência ou manutenção do Estado Constitucional) e probabilidade (e não possibilidade) de consumação do delito interrompido ou de outros, o que se analisa com dados fáticos e não em meras possibilidades.

Com tal mudança, amplia-se o ônus decisório da prisão preventiva e se trabalha critérios penais constitucionais amplamente aceitos. Mais importante,

refuta-se uma sérios de sentidos de ordem pública estranhos ao Direito e despidos de qualquer base científica.

Esse repensar da ordem pública com adequação da prisão preventiva a maior lastro de direitos fundamentais – como se vê em vários países – é uma necessidade posto que o Brasil está em atraso no tocante à proteção da liberdade dos cidadãos.

É preciso rever o conteúdo desse conceito precisando-o claramente em real sintonia com a ordem democrática em vigor no país.